

# **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO**

**ANTHONY YUSEPH JUTINICO VERGARA**

**OSMEL DE JESÚS LÓPEZ RENGIFO**



**Tutor Principal**

**MILVIO CHARRIS TORRES**

**Cotutor**

**ALAIT FREJA CALAO**

**Universidad de la Costa**

**Facultad de ciencias políticas y derecho**

**Barranquilla**

**2021**

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Resumen

La presente tesis se propuso como objetivo: Demostrar las incidencias de las implicaciones del control judicial, cual es la importancia y en que afecta o vulnera el derecho a la intimidad en el proceso penal colombiano. Lo anterior en el entendido, que la privacidad es una de las mas importantes facultades del hombre, siendo necesaria la existencia de instrumentos jurídicos con miras a protegerla, a tal efecto, partiendo de la experiencia del derecho comparado, en el cual la intimidad solo puede ser afectada previa autorización de autoridad judicial competente, el presente documento demostrara la inexistencia de una contradicción entre el mandato constitucional y la legislación ordinaria, puesto la ley 906 contrario a lo ordenado por el constituyente, permite que el ente acusador limite autónomamente este derecho humano y fundamental. El presente trabajo apelo a una metodología descriptiva y un enfoque cualitativa, para con base en una revisión documental demostrar desde la doctrina los elementos del problema planteado, siendo el resultado al que apunto dicho emprendimiento, la demostración de una anomalía en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto como consecuencia de esta omisión del legislador, se esta lesionando injustamente un inalienable y altamente importante facultad y derecho de la ciudadanía. Es así, que el presente trabajo aporta al debate doctrinario vigente en torno a la procedencia de afectaciones a la intimidad sin control judicial previo, un importante antecedente no solo a las ciencias penales, sino también a la constitucionalización de los actos de persecución criminal.

*Palabras clave:* Intimidad, control judicial, derechos fundamentales, imparcialidad

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Abstract

This thesis was proposed as an objective: To demonstrate the incidences of the implications of judicial control, what is the importance and how it affects or violates the right to privacy in the Colombian criminal process. The foregoing in the understanding that privacy is one of the most important faculties of man, being necessary the existence of legal instruments in order to protect it, for this purpose, based on the experience of comparative law, in which privacy can only be noli affected with prior authorization from the competent judicial authority, this document will demonstrate the non-existence of a contradiction between the constitutional mandate and ordinary legislation, since Law 906 contrary to what is ordered by the constituent, allows the prosecuting body to autonomously limit this human right and fundamental. The present work appealed to a descriptive methodology and a qualitative aproche, based on a documentary review to demonstrate from the doctrine the elements of the problem posed, being the result to which said undertaking pointed, the demonstration of an anomaly in the Colombian legal system, as a consequence of this omission of the legislator, an inalienable and highly important faculty and right of citizenship is being unjustly injured. Thus, this work contributes to the current doctrinal debate about the origin of affectations to privacy without prior judicial control, an important antecedent not only to criminal sciences, but also to the constitutionalization of acts of criminal prosecution.

**Keywords:** Privacy, judicial control, fundamental rights, impartiality

# CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

## Contenido

|   |                                      |
|---|--------------------------------------|
| 1. Capitulo primero                                     | <b>¡Error! Marcador no definido.</b> |
| 1.1. Planteamiento del problema                         | 6                                    |
| 1.1.1. Formulación del problema                         | 7                                    |
| 1.2 Objetivos   | 9                                    |
| 1.2.1. Objetivo general                                 | 9                                    |
| 1.2.2. Objetivos específicos                            | 9                                    |
| 1.3. Justificación                                      | 10                                   |
| 1.4. Delimitación                                       | 12                                   |
| 1.5. Línea y sublinea de investigación.                 | 14                                   |
| 2. Capitulo segundo: Marco teórico                      | 14                                   |
| 2.1. Antecedentes de la investigación – Estado del arte | 14                                   |
| 2.2. Bases teóricas                                     | 26                                   |
| 2.3. Referentes conceptuales.                           | 32                                   |
| 2.4. Marco legal:                                       | 39                                   |
| 3 Capitulo tercero                                      | 43                                   |
| 3.1. Metodología  | 43                                   |
| 3.1.1. Tipología:                                       | 44                                   |
| 3.1.2. Enfoque:   | 46                                   |
| 3.1.3. Fuente   | 47                                   |

**CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| 3.2. Análisis de resultados | 49 |
| Conclusiones                | 54 |
| Recomendaciones             | 61 |
| Bibliografía                | 62 |

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### 1.1. Planteamiento del problema

El derecho a la intimidad o privacidad, es una de las más importantes facultades jurídicas del hombre, permitiendo que las personas administren libre y voluntariamente las esferas que hacen parte de su existencia, dividiéndolas en públicas y privadas, siendo las primeras, toda la información, comportamientos, conductas y demás elementos compartidos por el hombre con el resto de la sociedad o una porción de esta.

Por otro lado, la esfera privada está compuesta de todos aquellos aspectos y elementos del individuo, que hacen parte de su interioridad y que delimitan la relación de este consigo mismo, las cuales se hallan blindadas por una barrera impenetrable y legamente protegida.

Al igual que el resto de derechos que se desprenden del derecho internacional de los derechos humanos y del ordenamiento jurídico interno, el goce del derecho a la intimidad no es absoluto, siendo necesario que este coexista en un plano de equilibrio con otros postulados jurídicos, siendo de especial relevancia en esta dinámica, el interés general.

A tal efecto, el derecho a la intimidad puede ser suspendido o limitado, siempre y cuando sea necesario para la salvaguarda de otros intereses igual o superiormente importantes, sin embargo, esta restricción no puede ser efectuada de forma arbitraria, siendo necesario que se respete la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad en este procedimiento.

En materia penal, el derecho a la intimidad puede ser restringido cuando dicha limitación sea necesaria para el esclarecimiento de hechos motivo de investigación criminal, sin embargo, al igual que acontece con las limitaciones del derecho fundamental a la libertad, la constitución

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

ordena que las restricciones del derecho a la intimidad, solo proceden previa autorización expedida por autoridad judicial competente.

Sin embargo, contrario a lo plasmado por la Constitución política de Colombia, el legislador mediante la ley 906 del año 2004 o Código de procedimiento penal colombiano, autoriza la limitación del derecho a la intimidad previa autorización del Fiscal, desconociéndose de esta forma el mandato taxativo del constituyente primario.

Es así, que el problema planteado en el presente documento, gira en torno a la contradicción existente entre el mandato constitucional y la legislación procesal penal colombiana, permitiendo esta última, que un derecho de especial importancia para el desarrollo del hombre, sea objeto de limitaciones sin la existencia de garantías que moderen el impacto del poder punitivo, siendo esto también una contrariedad entre el derecho colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos, el cual ha sido prolífico en resaltar la necesidad de fortalecer las medidas de protección y salvaguarda de esta facultad, por lo tanto, resulta necesario que la academia documente estas circunstancias negativas de la legislación nacional, a tal efecto, la investigación a realizar procurara responder la siguiente pregunta problema

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **1.1.1. Formulación del problema**

¿Cuál es la incidencia de las implicaciones del control judicial frente a las afectaciones del derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal colombiano?



## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **1.2 Objetivos**

#### **1.2.1. Objetivo general**

- Demostrar las incidencias de las implicaciones del control judicial, cual es la importancia y en que afecta o vulnera el derecho a la intimidad en el proceso penal colombiano.

#### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Indicar los aspectos intrínsecos y extrínsecos del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano
- Identificar la naturaleza, características y elementos de la institución jurídica del control judicial previo
- Determinar las implicaciones del control judicial previo frente al poder punitivo

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### 1.3. Justificación

El derecho a la intimidad es uno de los más importantes elementos para el desarrollo pleno de los seres humanos, permitiendo que las personas organicen libre y espontáneamente como se muestran ante la sociedad, organizando los aspectos que desean compartir con el resto de las personas y los que desean reservar en el fondo de su privacidad, es por esto, que la intimidad ha gozado de una prolífica y específica regulación jurídica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en el ordenamiento jurídico colombiano.

Si bien es sabido, que el goce de los derechos fundamentales no es absoluto, existiendo estos en un plano de equilibrio con otros intereses jurídicos, es necesaria la existencia de garantías que moderen la afectación del mismo, unas de estas garantías es el control judicial previo, el cual es un filtro entre el ciudadano y el poder punitivo, que racionaliza el impacto que tienen los actos de persecución criminal sobre los intereses de las personas.

Este principio ha sido de especial relevancia en la defensa y protección del derecho fundamental a la libertad, sin embargo, a pesar de que la libertad y la intimidad son reguladas por el mismo artículo constitucional, el cual impone sobre ambas la salvaguarda por medio del control judicial previo, en la práctica solamente la libertad goza de este filtro.

Contrario a lo plasmado por el constituyente primario, el cual decreto que las afectaciones capaces de limitar el derecho a la intimidad, solo proceden previa autorización de autoridad judicial competente, el legislador regulo que dicho cometido puede ser decretado por el ente acusador, autoridad que tiene evidente interés en el desarrollo y resultado del proceso.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

A tal efecto, la intimidad de las personas puede ser restringida sin la existencia de garantías que limiten la procedencia del órgano de persecución penal, siendo este un problema necesario de ser arreglado en el ordenamiento jurídico procesal penal colombiano.

Expuesto esto, la investigación a realizar reviste de especial importancia, puesto es un estudio neutral, imparcial y objetivo, de una circunstancia que en la actualidad afecta el goce de un importante derecho fundamental, problema que persiste contrario al mandato constitucional que rige explícitamente la materia.

La investigación a desarrollar es así mismo necesaria, puesto los estudios que giran o versan en torno a afectaciones de los derechos de las personas, son una prioridad en el interior de los círculos académicos, justificándose evidentemente los esfuerzos destinados a solucionarlos.

Finalmente, la investigación a desarrollar es novedosa, puesto genera propuestas nuevas a la solución de un problema que ha estado vigente en la historia jurídica del país, demostrándose una necesidad de actualización del ordenamiento jurídico, ante las exigencias actuales en materia de derechos humanos.

En conclusión, los esfuerzos y emprendimientos de los realizadores del presente estudio, se justificarán en una necesidad de promover un mayor e innegociable respeto sobre los derechos inalienables de los ciudadanos, impidiendo que esta contradicción existente entre la ley y la constitución, siga generando lesiones sobre los intereses de las personas.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### 1.4. Delimitación

**Temporal:** La investigación a realizar será desarrollada en un lapso aproximado de un año, siendo necesario para la elaboración de la misma, la utilización de datos académicos y normativos de los últimos 5 años, el periodo comprendido entre 2014 hasta el 2019, los cuales hayan sido relevantes para la generación de aportes frente a la temática planteada-

**Espacial:** La investigación a realizar, será desarrollada en la República De Colombia.

**Científica:** El enfoque de esta investigación es cualitativa en razón a que se busca analizar y comprender una postura de manera racional, a partir de interpretaciones captando significados particulares y relevantes de los hechos, de manera metafórica y conceptual a partir del relato de los sujetos. Por lo tanto, los estudios cualitativos no poseen una génesis determinista, ya que, están enriquecidas por aportes variados en su evolución. Por lo tanto, los estudios cualitativos poseen esa característica de analizar de una forma comprensiva el actor social, ya que la acción social es su propio contexto, tal como afirma Flórez:

“Los métodos cualitativos estudian la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de o interpretar los fenómenos de acuerdo a los significados que tienen para las personas implicadas. La investigación cualitativa implica la utilización y recogida de una gran variedad de materiales, entrevistas, experiencia personal, etc., que describen la rutina, las situaciones problemáticas y

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

los significados en la vida de las personas” (Flores, García, & Rodríguez, 1996, pág. 10).

En lo que respecta al método usado, esta investigación se enfoca en la metodología descriptiva porque consiste en analizar los hechos para obtener información a partir de una hipótesis o teoría y con la recolección de datos, elegir temas y fuentes veraces, a fin de clasificar las categorías precisas, que se adecuen al propósito del estudio y permitan poner de manifiesto las semejanzas, diferencias y relaciones significativas. Así como Realizar observaciones objetivas y exactas. Describiendo, analizando e interpretan los datos obtenidos, en términos claros y precisos.

“Según Sabino (1986) “La investigación de tipo descriptiva trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Para la investigación descriptiva, su preocupación primordial radica en descubrir algunas características fundamentales de conjuntos homogéneos de fenómenos, utilizando criterios sistemáticos que permitan poner de manifiesto su estructura o comportamiento. De esta forma se pueden obtener las notas que caracterizan a la realidad estudiada”. (Pág. 51).

En lo referente al corte, Esta investigación es bibliográfica documental, en razón a que la información plasmada y utilizada se recopila de libros, artículos, revistas, fuentes, sentencias y tratados internacionales, por lo tanto, el propósito es dar ese reconocimiento y crédito a cada uno de los autores consultados relativos al tema que se está investigando.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **1.5. Línea y sublínea de investigación.**

#### **1.5.1. Línea:**

Neurociencia Cognitiva y Salud Mental

#### **1.5.2. Sublínea**

Bienestar, cultura de paz y convivencia.

## **2. Capítulo segundo: Marco teórico**

### **2.1. Antecedentes de la investigación – Estado del arte**

El derecho a la intimidad y las estrategias, instrumentos y mecanismos destinados a la protección y salvaguarda del mismo, han sido objeto de prolífico estudio en el interior de la doctrina, generándose un estado del arte lo suficientemente nutrido para una mejor y mayor comprensión de la problemática.

Es necesario resaltar, que previo a la promulgación de la Constitución política del año 1991, las limitaciones del derecho a la intimidad eran reguladas por la Constitución política del año 1986, siendo la norma procesal vigente en el momento de la asamblea constitucional, el

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

código penal del año 1980, el cual autorizaba la afectación sin controles del mencionado derecho, siendo la actual constitucionalidad pionera en la instrumentalización de garantías de defensa de los derechos fundamentales, razón por la cual es inexplicable que el derecho fundamental a la intimidad no goce de este reconocimiento garantista.

A tal efecto, el presente estado del arte se centrará primero en documentar, la importancia del derecho fundamental a la intimidad, siendo necesaria la conceptualización del mencionado derecho y la propuesta de implementación de un control judicial previo en circunstancias de persecución penal susceptibles de afectar el mismo, siendo estos los antecedentes más notorios sobre el material.

### **2.1.2. La importancia del derecho fundamental a la intimidad en la doctrina nacional e internacional.**

El primer antecedente rastreado y analizado sobre la materia, es el documento titulado El derecho a la intimidad, la visión ius informática y el delito de los datos personales, de autoría de Librado Orlando Riascos, publicado por la Universidad de Lleida en España en el año 1999. que manifiesta lo siguiente:

“El Derecho a la intimidad en las Constituciones democráticas de la segunda mitad del presente siglo, ha sido considerado como un derecho fundamental del ser humano que hunde sus raíces en valores constitucionales como la dignidad humana, el respeto mutuo, el libre desarrollo de la personalidad y en el conjunto de principios y atribuciones que definen a la persona en nuestra sociedad actual y hacen parte de lo que hoy constituye un Estado Social de Derecho. Así se plasma

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

en las Constituciones de España de 28 de diciembre de 1978 y en la Constitución Política de Colombia de 7 de Julio de 1991” (Riascos, 1999)

Es relevante como el autor destaca la importancia que ha tenido el derecho a la intimidad en el interior de múltiples ordenamientos jurídicos en el derecho comparado, resaltándose en la mayoría la especial relación entre este postulado y otros intereses superiores como la dignidad y otros derechos, resaltándose así mismo las similitudes entre las legislaciones española y colombiana sobre la materia.

El autor fundamenta su planteamiento, en el entendido que resulta imposible una limitación o afectación del derecho fundamental a la intimidad, sin que esto represente una lesión o negación de múltiples intereses jurídicos, bienes, derechos y libertades de los afectados, siendo necesaria una protección y salvaguarda de este derecho, no solo por lo que representa en sí mismo, sino también por su relación con otros postulados de especial importancia.

Así mismo, en el año 2008 fue publicado en la Universidad Externado de Colombia el texto titulado El alcance del derecho a la intimidad en la sociedad actual, de autoría de Xiomara Lorena Romero Pérez, el cual plantea que en el momento en el que la constitucionalidad colombiana elevó la intimidad al rango de derecho fundamental, surgió el debate en lo referente a la limitación del aspecto público y el aspecto privado, puesto si bien es difícil determinar hasta qué punto una persona no puede ser penetrada en sus aspectos íntimos, está la facultada de ejercer libre y espontáneamente esta limitación, plasmando el texto lo siguiente:

“El reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico nos lleva a un nuevo cuestionamiento sobre aspectos



## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

sustanciales del tema, lo que se manifiesta en las continuas tensiones que existen alrededor de lo que hoy en día puede considerarse como parte de la órbita particular o personal y aquello que podría calificarse como de interés público o general. Dicha consagración, más que establecer un listado de elementos o circunstancias mediante las cuales pueda identificarse si determinado asunto pertenece o no al ámbito personal o familiar del individuo” (Romero Pérez, 2008)

La autora destaca que la intimidad en Colombia no solo goza de una especial regulación y protección constitucional, sino que su elevación al rango de derecho fundamental, exigió un ejercicio de re conceptualización e interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, generándose nuevos desafíos de regulación sobre los aspectos relevantes de la materia.

Uno de los importantes desafíos vigentes en lo referente a la protección del derecho fundamental a la intimidad, es la institucionalización del control judicial como requisito de afectación proporcional y racional del mismo, garantía que goza de soporte constitucional, y que por alguna razón fue omitida por el constituyente, siendo necesaria una constitucionalización del derecho procesal penal actual en este campo.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **2.1.2.1. El derecho fundamental a la intimidad en la doctrina internacional o derecho comparado**

Conexo al desarrollo doctrinario que han tenido los debates que giran en torno a la conceptualización, regulación e imposición del límites al derecho fundamental a la intimidad en Colombia, así mismo, la doctrina internacional ha aportado al desarrollo de esta controversia, esto ratifica no solo la importancia del estudio de este cometido, sino que también genera contenidos susceptibles de ser comparados y asimilados con el ordenamiento jurídico colombiano, siendo necesaria la consulta de fuentes Españolas, mexicanas, ecuatorianas, chilenas y otras.

En el año 2016 fue publicado en la Revista El tiempo de los derechos de la Universidad de la Rioja, el artículo titulado El derecho a la intimidad: De la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional, de autoría de José Matinés Pisón, el cual resalta la evolución normativa que ha tenido el derecho a la intimidad y los nuevos roles de protección de este en la contemporaneidad, plasmando el texto lo siguiente:

“El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra regulado en al art. 18 de la Constitución Española (CE) de 1978 que sigue así la estela marcada por la Declaración Universal de Derechos Humanos al recoger este nuevo derecho. En líneas generales, la doctrina se encuentra satisfecha con la regulación constitucional de este derecho fundamental” (Martínez, 2016)

Como se puede evidenciar la legislación española se encuentra alineada con el derecho internacional público en lo referente a la regulación del derecho a la intimidad, similar a lo

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

acontecido en el derecho colombiano, sin embargo, ambas legislaciones reconocer la necesidad de equilibrio entre este postulado y otros derechos, justificándose de esta forma la limitación de la privacidad de las personas, cuando esta entre en conflicto con otros intereses superiores.

La legislación europea ha bebido del derecho anglosajón, en lo referente a la protección del derecho a la intimidad, puesto es inadmisibles que los Estados puedan limitar la privacidad de los individuos, sin que existan garantías que impongan un límite a la injerencia del poder punitivo.

Así mismo, en el interior de la doctrina mexicana en el año 2013, fue publicado en la revista mexicana de derecho constitucional, el artículo titulado El contenido del derecho a la intimidad, de autoría de Amalia Patricia Cobos Campos, el cual detalla los desafíos emergentes en lo referente a la protección de la intimidad en la actualidad, siendo confusa la regulación contemporánea del mencionado derecho, indicando el texto lo siguiente:

“En la actualidad nadie pone en tela de juicio la preeminencia del derecho a la intimidad, ante una modernidad imparable, que invade las esferas más intrincadas de la vida cotidiana del ser humano, sin una tutela adecuada en los ordenamientos vigentes en nuestro país, se pone de relieve que no existe una real construcción del referido derecho, ante una escasa jurisprudencia, que no acaba por determinar los alcances y conceptualización del mismo y la confusión que parece mediar entre intimidad y privacidad en su contenido” (Cobos, 2013)

Es convincente como el documento de la doctrina mexicana, destaca los nuevos desafíos de regulación y protección del derecho a la intimidad en tiempos contemporáneos, puesto el auge

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

de las nuevas tecnologías ha aumentado el riesgo de afectación del mismo, siendo necesaria la expedición de nuevos instrumentos jurídicos sobre la materia, circunstancia que también se presenta en el interior del ordenamiento jurídico colombiano.

En lo referente a lo consagrado en la legislación chilena, el texto titulado La privacidad en el sistema legal chileno, de autoría de Carlos Lara y Carolina Pincheira, resalta la importancia del mencionado derecho en el mencionado país y los desafíos frente a la protección de la misma en la actualidad, manifestando el texto lo siguiente:

“La Ley 19.628 de datos personales regula en general la protección de información concerniente a personas naturales, que se consideran titulares de datos. A su favor se establecen los derechos de acceso o información La ley materializa en su articulado principios como el de la finalidad y calidad de la información, y establece una regla general de consentimiento expreso de un titular para el tratamiento de sus datos; no obstante, establece una serie de excepciones que permiten ese tratamiento” (Lara & Pincheira, 2017)

Resulta importante resaltar, que similar a lo que acontece en Colombia, la legislación chilena quedo desactualizada frente a los nuevos desafíos en materia de protección de la intimidad de los ciudadanos, puesto el surgimiento de bases informáticas y redes sociales desestabilizo la norma vigente sobre la materia, en la actualidad el mencionado país se encuentra en un proceso de actualización jurídica y reinterpretación jurisprudencial de estos cometidos.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

En lo referente a la legislación ecuatoriana, otro importante objeto de estudio en el derecho comparado latinoamericano, plasmando el texto El derecho a la intimidad personal y familiar de autoría de José García Falconi, lo siguiente:

“La intimidad Se funda en una concepción humanista, que procura aportar elementos de razonabilidad, en la inevitable tensión individuo-comunidad; pues si bien la naturaleza misma del hombre es ser sociable, pero también de ella emana el derecho a una esfera personal inalienable y a un ámbito familiar íntimo no susceptible de ser invadido por los demás, y mucho menos de someterse al escrutinio público” (Falconi, 2011)

Resulta bastante didáctica la explicación que la doctrina ecuatoriana hace sobre la materia, esto en interpretación de los postulados que regulan constitucional y legalmente el derecho a la intimidad en el mencionado país, puesto si bien se reconoce la naturaleza social del hombre, esto no quiere decir que este debe de estar sometido al escrutinio constante del resto de la sociedad, siendo necesaria una oxigenación de los actos y comportamiento humano, actuaciones que se desempeñan en una esfera intangible e irrompible denominada privacidad.

Habiendo concluido el fragmento del presente estado del arte destinado a la conceptualización doctrinaria y otras generalidades del derecho a la intimidad, es necesario que se examine desde la perspectiva académica, el debate en lo referente a la existencia, necesidad y justificación del control judicial previo como medida para proteger el derecho a la privacidad.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **2.1.2. Medidas de protección del derecho fundamental a la intimidad en la doctrina**

En el año 2017 fue publicado en la Universidad Católica de Colombia, el texto titulado Derecho a la intimidad en las primeras 36 horas de la privación de la libertad, de autoría de Eduardo Rojas López, el cual resalta la importancia de la institucionalización del control judicial previo, como una garantía que emana de la materialización del principio de reserva judicial y de primacía de los derechos fundamentales, plasmando el texto lo siguiente:

“Se considera que existen otras garantías como obligaciones frente al derecho que actúan de manera preventiva frente a la vulneración del derecho a la intimidad. En particular, se considera la Orden judicial, previa a la afectación del derecho a la intimidad. Siendo la intimidad, un elemento esencial de la personalidad, una de sus garantías esenciales, consiste en que no es viables su intromisión por parte de las autoridades, sino en virtud de una orden judicial, por motivo definido en la ley” (Rojas, 2017)

Es importante resaltar, que uno de los principales argumentos del garantismo para justificar la existencia del control previo a afectaciones del derecho a la intimidad en Colombia, es el mandato constitucional que expresamente ordena la existencia de orden judicial previa como requisito de limitación de este cometido, por esta razón no existe explicación racional que explique la decisión del legislador por omitir este requisito, el mismo documento posteriormente amplía lo siguiente:

“En tal sentido el principio de reserva judicial, cumple con la función de protección preventiva de la intimidad. Sin embargo, encontramos que la figura

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

desproporcionada de la flagrancia, o de autoridades administrativas, al igual que la atribución de la fiscalía de poder ordenar registros y allanamientos para un control posterior, claramente viola esa reserva legal, debido al rol que tiene en ente investigar en el nuevo sistema penal acusatorio” (Rojas, 2017)

El autor destaca no solo la importancia de la existencia de control judicial previo como un requisito que emana del principio de reserva judicial, sino que rechaza la arbitrariedad del legislador en el momento de desviarse del mandato constitucional y regular afectaciones de este derecho sin el lleno de este requisito, complementando el texto lo siguiente:

“En efecto, no resulta congruente que, para la interceptación de llamadas, los seguimientos, y que para el allanamiento al domicilio no se requiera de este control judicial previo. Por lo anterior debía exigirse que, salvo los casos de flagrancia, sea siempre el juez de control de garantías y no el fiscal, quien autorice el allanamiento, pues la revisión previa, el juez puede ejercer una valoración neutral del grado de afectación del derecho a la intimidad; por medio de una constatación posterior, aquél corre el riesgo de verse tentado a justificar la intromisión efectuada en el ámbito de privacidad del individuo por orden de la Fiscalía General con el ánimo de preservar la evidencia recaudada” (Rojas, 2017)

El autor aboga por la institucionalización del control judicial previo como requisito de procedencia de afectaciones al derecho a la intimidad, puesto solamente un juez de la república puede autorizar limitaciones de derechos fundamentales, siendo el principio de reserva judicial

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

un guía en el momento de determinar si es o no posible dicha limitación, siendo este texto un aporte importante a la tesis promovida en el presente trabajo.

Similar apreciación es plasmada en el texto titulado El derecho a la intimidad nuevos y viejos debates, de autoría de Juan José López Ortega, publicado en el año 2017 por la editorial Dykinson, el cual plasma lo siguiente:

“Es la tutela jurisdiccional el mecanismo a través del cual se garantiza de forma eficaz la protección al Derecho Fundamental a la Intimidad pues, en principio y como se expuso en el párrafo inmediato anterior, corresponde al órgano jurisdiccional, en una valoración a priori de la legitimidad de los límites abstractos que impone el legislador a la esfera jurídica fundamental a de la persona” (López, 2017)

El presente documento es un importante antecedente de la jurisprudencia española sobre la materia, el cual destaca que solamente previa autorización de un juez de la república en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es posible la limitación de la intimidad de los ciudadanos, puesto es inadmisibles que el Estado intervenga sin límites la privacidad de los ciudadanos.

Resulta importante como el presente antecedente identifica los diferentes derechos e intereses que guardan especial relación con el derecho a la intimidad, por lo tanto cualquier afectación de la privacidad de las personas puede generar lesión sobre estos cometidos, justificándose aún más la existencia de un control previo a dichas afectaciones, a tal efecto, el control a priori a las actuaciones que limitan el derecho a la intimidad, no solo buscan



## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

salvaguardar la presente facultad, sino también los derechos accesorios a esta, finalmente el texto de referencia concluye lo siguiente:

“Asimismo, es la tutela judicial el mecanismo que hace posible eliminar la indefensión en la que pudiera encontrarse la persona ante el poder coercitivo y coactivo del Estado, al proporcionarle las herramientas suficientes para contradecir tanto los argumentos apoloéticos esgrimidos por la autoridad que interviene la Intimidad de la persona como los juicios conclusivos concretos en los que se contiene la medida intrusiva, ya sea de forma previa a que la medida se adopte o en un momento posterior a que el gravamen haya sido ya impuesto a cualquiera de los elementos que conforman el contenido del Derecho Fundamental a la Intimidad” (López, 2017)

El texto promueve el control judicial previo, como una estrategia de materialización del principio de igualdad de armas, puesto un sistema penal acusatorio en un Estado social y constitucional de derecho, no debe basarse en la adopción de decisiones unilaterales por parte de las partes, siendo necesaria la existencia de debate y una presencia objetiva que imponga límites a las pretensiones de los litigantes.

El presente estado del arte concluye confirmando la existencia de importantes antecedentes en desarrollo del tema planteado en el presente estudio, siendo relevantes y reiterativos los planteamientos que destacan la importancia del derecho fundamental a la intimidad y aquellos que posicionan el control previo como requisito de lesión del mismo.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

Apuntando lo primero a que el derecho fundamental a la intimidad es una especial y esencial garantía de las personas, puesto las facultad a organizar o administrar libre y espontáneamente la forma como son percibidos externamente, decidiendo que aspectos comparten con el resto de la sociedad o una porción de esta, y que aspectos resguardan en lo más profundo de su privacidad.

El segundo importante planteamiento en el presente estado del arte, apunta a la necesidad de institucionalizar garantías eficientes para la salvaguarda de este derecho, formalidades que imponen límites a la actividad estatal, puesto racionalizan los actos de intervención en contra de esta inalienable facultad.

### 2.2. Bases teóricas

Para el desarrollo adecuado del presente estudio, resulta necesaria la consulta de teorías y tesis que fundamentan los elementos del debate planteado, siendo de especial relevancia la asimilación de las presentes posturas sobre la materia, primero que todo se examinara teóricamente el garantismo penal, cuyo principal aporte a las ciencias penales, es promover la institucionalización de garantías que imponga límites al poder punitivo, siendo la antítesis a este planteamiento el eficientísimo penal.

Otra importante teoría a consultar, es la primacía o prevalencia de los derechos fundamentales, la cual guarda especial relación con el garantismo, puesto parte de la finalidad de imponer límites al ius puniendi, se fundamenta en la necesidad de impedir que este represente un riesgo desproporcionado al mínimo de afectación de los derechos de las personas.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

Conexo a esto, se resaltara el rol que cumplen los principios del debido proceso y dignidad en la limitación de la capacidad punitiva del Estado, finalmente se examinaran los argumentos que conceptualizan y destacan la relevancia del control judicial previo en el interior del procedimiento penal colombiano, siendo esta la postura más importante para la materialización del problema planteado en el presente estudio, tesis que aboga por la institucionalización de limites previos al acto de afectación de la intimidad en el proceso penal colombiano.

Examinadas algunas de las características de los sistemas con el modelo adoptado en Colombia, puede aseverarse que este último es preponderantemente adversarial porque en él, por lo menos formalmente, hay disposición de dos contendores en igualdad de armas cuya consigna es persuadir a un tercero que actúa como árbitro, de su particular teoría del caso. No obstante ser un proceso netamente de partes, en el sistema colombiano el juez no es un simple mediador del conflicto.

### **Garantismo penal:**

Esta importante teoría tiene origen en los postulados doctrinarios de Cesare Beccaria, especialmente en su texto de los delitos y las penas, el cual reconoció la importancia de institucionalización de principios y garantías a los actos de investigación y juzgamiento en materia penal, esto con la finalidad de imponer límites a la actividad estatal y prevenir la arbitrariedad del Estado frente a los intereses particulares.

La teoría ha tenido un especial y prolífico desarrollo en el trabajo de Luigi Ferrajoli, quien, en su texto derecho y razón, promueve la necesidad de adelantar los procesos de

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

investigación y juzgamiento desde la perspectiva del procesado, siendo la defensa, salvaguarda y primacía de sus derechos una prioridad relevante en el desarrollo del procedimiento.

### **Primacía de los derechos humanos o fundamentales:**

Esta importante teoría guarda especial relación con la plasmada anteriormente, estableciendo que en los debates que versen en torno a la lesión o limitación de derechos fundamentales, estos deben de prevalecer como prioridad en el interior de la controversia, trasladando este postulado a la limitación del derecho a la intimidad, cualquier debate que tenga como finalidad la limitación del mismo, debe de anteponer los intereses del afectado a las motivaciones que conllevan esta afectación, y con base en este ejercicio establecer si es procedente o no adelantar la actuación. En el ordenamiento jurídico colombiano este postulado es posicionado como un principio constitucional y pragmáticamente se expresa mediante el principio de proporcionalidad, siendo definido en la Carta magna, así:

“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Asamblea nacional Constituyente, 1991)

Es importante destacar que la defensa de los derechos fundamentales constituye un pilar de los Estados democráticos, siendo el modelo contrario a esta exigencia el totalitarismo, a tal efecto, pequeñas garantías institucionalizadas como estrategia para evitar el abuso de las facultades particulares, son necesarias para no retroceder en la defensa de las potestades de la ciudadanía, tal como lo expresa Juan Antonio Pavón Arrieta, así:

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

“El despotismo que se nos aparece en forma de Estado totalitario, en distintas modalidades, debilita la democracia abriendo el camino al totalitarismo y a la arbitrariedad y al retorno del gobierno de los hombres y no de las leyes” (Pavón, 2018. P. 20)

### **Efficientísimo penal:**

Importante teoría de política criminal que representa la antítesis del pensamiento garantista explicado anteriormente, puesto defiende un papel o rol preponderante del Estado en el proceso de juzgamiento criminal de los ciudadanos, a tal efecto, propone que los derechos fundamentales se subordinen al interés general materializado en el poder punitivo, eliminados cualquier garantía que represente un obstáculo a la necesidad de justicia.

### **Control judicial previo:**

Propuesta que tiene origen en el derecho anglosajón, la cual establece que las limitaciones de derechos fundamentales solo son admisibles previa autorización de un juez de la república, es compilada en el principio de reserva judicial y en Colombia no opera a las afectaciones del derecho a la intimidad. Este postulado ha tenido un amplio desarrollo en la normatividad, jurisprudencia y doctrina de Estados Unidos de América, tal como lo plasma:

“Una de las mayores libertades protegidos por la Constitución de Estados Unidos es su derecho a la privacidad. La Cuarta Enmienda protege su privacidad mediante la limitación de poder de búsqueda y captura los agentes encargados de hacer cumplir la ley. Generalmente, esto significa que no usted o su hogar pueden

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

buscar o confiscar sus bienes personales sin tener una buena razón para hacerlo. Y, a menos que aplique alguna excepción específica, tienen que tener una orden judicial antes de hacer una búsqueda o incautación. Piense en una orden de registro como un permiso especial. Se permite a los agentes del orden público o funcionarios para buscar un lugar o área determinada en un momento determinado” (Messereau, 2013. P. 10)

Si bien la implementación del control judicial previo a las afectaciones del derecho a la intimidad es solo un planteamiento teórico en Colombia, muchos países del derecho comparado han convertido esa ambición en realidad, en el caso americano cualquier domicilio en el país puede ser intervenido previa autorización por parte del órgano judicial, puesto solamente de esta forma se le impondrán límites a la agresividad del poder punitivo.

Respecto a esto el autor nacional Julio Cesar López González en su texto titulado La importancia del control judicial previo a las intervenciones que limitan el derecho fundamental a la intimidad en el derecho procesal penal colombiano, manifiesta lo siguiente:

“El derecho internacional de los Derechos Humanos y el derecho comparado, han sido reiterativos en resaltar la necesidad de expedición de orden judicial previa a la afectación del derecho a la intimidad, siendo la decisión del legislador una contrariedad a la tradición de la cultura acusatoria o adversarial. Resulta necesaria la implementación de control judicial previo a las actuaciones que ordenan la afectación del derecho a la intimidad en Colombia, estando esta iniciativa soportada en los mandatos del derecho internacional de los Derechos Humanos, El

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

derecho comparado y más específicamente en los principios de reserva judicial, prevalencia de los derechos fundamentales y separación de roles y funciones” (González, 2018)

Resulta importante como la doctrina destaca la necesidad de implementación del control judicial previo a las afectaciones que limitan la intimidad en Colombia, puesto la finalidad de mutar de un sistema penal mixto con tendencias inquisitivas, hacia un sistema penal oral acusatorio garantista y de corte adversarial, es promover una mayor defensa de los derechos particulares de los ciudadanos, imponiéndosele límites eficientes a la actividad institucional.

En conclusión, de las presentes bases u fundamentos teóricos, se puede confirmar la existencia de teorías o doctrina asociada al tema planteado, siendo el garantismo penal, la primacía de los derechos fundamentales y el control judicial previo postulados que ayudan a fortalecer la hipótesis planteada en el mismo.

### **Principio de la dignidad humana.**

Principio jurídico de especial relevancia, que establece que toda persona debe de ser tratada con el debido respeto que emana de su humanidad, por el simple hecho de ser humano, a tal efecto, se encuentran proscritos y prohibidos los comportamientos que directa o indirectamente, de forma sutil o abierta, promuevan actos de discriminación, segregación y lesiones en contra de los ciudadanos.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

El estudio de este principio resulta de especial relevancia en la construcción de la hipótesis a materializar en el presente documento, puesto la negación de la garantía destinada a la protección de un derecho fundamental, mediante la racionalización de la injerencia institucional sobre el goce del mismo, constituye un desconocimiento de la dignidad de los ciudadanos, siendo necesario asociar las lesiones que emanan de una errónea regulación de la afectación del derecho a la privacidad, con el principio de la dignidad humana.

### **2.3. Referentes conceptuales.**

Para una comprensión del problema planteado en el presente estudio y sus variables, es obligatoria la asimilación de los siguientes conceptos:

Primero que todo se conceptualizaran jurídica y generalmente los derechos fundamentales, puesto la comprensión de estas facultades humanas es necesaria para la asimilación de la necesidad de racionalización de las facultades del Estado, puesto el poder punitivo es admisible, siempre y cuando no represente un riesgo de lesión injustificada y desproporcionada sobre los intereses de la ciudadanía.

Así mismo, se realizará una conceptualización del derecho a la intimidad, ejercicio que resulta necesario para entender no solo la importancia de este, sino su aporte en la materialización de una calidad de vida adecuada de las personas, consultándose también el aporte del debido proceso en la racionalización de la acción penal.



## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

Conexo a esto, se conceptualizará el control judicial previo, tesis de especial relevancia y razón de ser del problema planteado en la presente investigación, siendo esta conceptualización plasmada a continuación.

### **Constitucionalismo o primacía de la constitución política:**

Doctrina político jurídica, que guarda especial relación con los postulados que emanan de la teoría pura del derecho, la cual defiende el rol preponderante, supremo y prevalente de la Constitución política de Colombia, esta positivizada en el interior del ordenamiento jurídico colombiano, así.

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”  
(Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

A tal efecto, la constitución representa en el interior de cualquier Estado social de derecho, la máxima norma a imponer, siendo necesario que esta delimite el resto del ordenamiento jurídico, por lo tanto, ante el surgimiento de conflictos jurídicos entre la carta magna y otras disposiciones normativas, se deberá de acatar los postulados constitucionales, este postulado es desarrollado en sentencia de radicado C - 037 del año 2000, providencia que plasma lo siguiente:

“El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico” (Constitución política de Colombia, 2000)

### **Derechos fundamentales:**

Interpretación domestica del ordenamiento jurídico colombiano frente a los postulados que se desprenden del derecho internacional de los Derechos Humanos, constituyen el mínimo de facultades y garantías de las que goza cualquier persona en ejercicio de su individualidad, su consideran inalienable y priman en cualquier debate en los que ostenten participación, coexisten en un plano de equilibrio con otros intereses y con el resto de postulados que emanan del ordenamiento jurídico, pueden ser limitados en un plano de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad, son conceptualizados en sentencia de radicado T-095 del año 2016, así:

“Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo:

- 1) Conexión directa con los principios constitucionales;
- 2) Eficacia directa y
- 3) Contenido esencial” (Corte Constitucional, 2016)

Como se ha expresado anteriormente, los derechos fundamentales constituyen el mínimo de garantías ciudadanas para ostentar una vida digna, su fundamentalidad se justifica en su relación con postulados esenciales y con el principio jurídico de la dignidad humana.

### **Derecho a la intimidad:**

Facultad ciudadana especial y específicamente regulada por el derecho internacional público y diversos ordenamientos jurídicos, por medio de la cual se le permite al ciudadano en ejercicio de su libertad, autonomía y voluntad, administrar las diferentes esferas de proyección de sus aspectos individuales, separándose aquellos aspectos que comparte con el resto de la sociedad o una porción de esta, con aquellos que resguarda en su esfera privada y la de su familia, es definido por Arnulfo Moreno López, así:

“El ámbito de la esfera privada es relativo, el mínimo protegible ha de ser fijado por la ley, considerando que, a partir de ese mínimo, existe un amplio campo que

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

sólo los tribunales podrían valorar, atendiendo a los usos sociales y a la situación de las personas afectadas. No obstante, quizás debe observarse a lo anterior que el mínimo de protección no ha de ser fijado por la ley, sino por la Constitución, y sobre todo mediante la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Constitucional” (Moreno, 2005)

Desde la perspectiva del autor, la esfera privada de las personas debe de ser debidamente protegida y delimitada por la ley, siendo su afectación únicamente procedente y admisible producto de la interferencia de los juzgados y tribunales, postulado reafirmado por Pedro Crespo Lara, así:

“La intimidad es una zona espiritual de la persona reservada a los hechos que sólo a ella o a su familia conciernen. Como tal zona reservada ha gozado siempre de protección social frente a intromisiones indeseables. Se trata pues de un bien espiritual socialmente protegido por leyes morales, usos y costumbres, y que en la órbita del derecho se nos presenta como un derecho natural a mantener oculto a los demás lo que sólo a nuestra vida personal o familiar afecta, reclamando el reconocimiento y el amparo de la ley positiva” (Crespo, 2014)

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Debido proceso:

Derecho fundamental, Derecho humano y garantía judicial que establece la obligatoriedad del respeto de las formalidades procesales, esto con la finalidad de generar estabilidad en el desarrollo del proceso, siendo necesario que las partes y los terceros ajusten sus actuaciones al marco procesal previamente definido por la constitucionalidad y la norma, en el interior de la Constitucionalidad colombiana, del debido proceso se desprenden unas garantías y formalidades de obligatorio cumplimiento, siendo definido en la Carta magna, así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

Como se puede confirmar, la intencionalidad del Constituyente fue dotar de una serie de garantías mínimas y obligatorias las actuaciones procesales, esto con la finalidad de hacer mucho más racional y adecuado los trámites jurídicos, evitándose irregularidades en el interior de los procedimientos.

### **Control judicial previo:**

Modalidad del control judicial y a su vez expresión del principio de reserva judicial, que exige la existencia de orden judicial previo a las afectaciones de derechos fundamentales, ha tenido un prolífico desarrollo en lo referente a la protección del derecho a la libertad, sin embargo, es inexistente en Colombia cuando se trata de defender el derecho a la intimidad, aun cuando ambos derechos gozan de la misma garantía en el plano constitucional.

### **Principio de reserva judicial:**

Principio y garantía jurídica que establece y ordena que las actuaciones capaces de limitar o suspender los derechos de las personas, solo proceden previa autorización de una autoridad judicial competente en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es el soporte y fundamento de la propuesta de institucionalización de control judicial previo a las afectaciones del derecho a la intimidad.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

### **Principio de prohibición del exceso o limitación del poder punitivo:**

Principio y garantía jurídica que promueve una limitación del alcance del poder punitivo, mediante una racionalización de la capacidad del Estado de limitar los derechos particulares e intereses ciudadanos, su institucionalización permitió la generación de garantías destinadas a imponer limitaciones al ius puniendi.

### **2.4. Marco legal:**

Para el desarrollo del presente documento será necesaria la consulta de las siguientes referencias normativas:

En lo referente a la legislación nacional será necesaria la consulta de la Constitución política de Colombia, documento normativo de especial relevancia, puesto contiene la cláusula que ordena la institucionalización de control judicial previo tanto a las limitaciones del derecho a la libertad, como a la del derecho a la intimidad, siendo la principal evidencia para demostrar la omisión legislativa en lo referente a la regulación de este tipo de controles a la afectación de la privacidad de las personas.

Conexo a esto, se realizará una consulta a la jurisprudencia que hace parte del bloque de constitucionalidad, destinada a complementar los designios del constituyente, siendo de especial relevancia la consulta de las providencias:

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

- C – 602 del año 2016:

*“El derecho a la intimidad permite y garantiza en los asociados, el poder contar con una esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que, al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico. Asumiendo una interpretación amplia del derecho a la intimidad destacó que se trataba de “un derecho de status negativo, o de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, a la vez que un derecho de status positivo, o de control sobre las informaciones que afecten a la persona o la familia”. Según lo ha sostenido, se proyecta no solo “como secreto que impide la divulgación ilegítima de hechos o documentos privados” sino también “como libertad, que se realiza en el derecho de toda persona a tomar las decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada”*

- T – 050 del año 2016:

*“La corte ha manifestado que el mismo se refiere al valor intrínseco de los individuos no solo frente a la sociedad, sino también a sí mismos y debe ser protegido para lograr una correcta apreciación del individuo dentro de la colectividad. También, se ha sostenido que, a pesar de su gran similitud con el derecho al buen nombre, el rasgo característico de este derecho es que hace referencia a la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan.”*



## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

- T – 117 del año 2018:

*“En relación con el derecho a la intimidad, la Corte Constitucional ha sostenido que el objeto de este derecho es garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros y que la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad forma parte de esta garantía. De igual manera, esta Corporación ha señalado que el derecho a la intimidad “permite a las personas manejar su propia existencia como a bien lo tengan con el mínimo de injerencias exteriores” y que la protección “de esa esfera inmune a la injerencia de los otros –del Estado o de otros particulares” es un “prerrequisito para la construcción de la autonomía individual que a su vez constituye el rasgo esencial del sujeto democráticamente activo”*

- T – 155 del año 2019:

*“El artículo 15 constitucional establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, y obliga al Estado a respetar este derecho y a hacerlo respetar. Esta Corporación ha precisado que el derecho a la intimidad protege múltiples aspectos de la vida de la persona, que incluyen desde la proyección de la propia imagen, hasta la reserva de espacios privados en los cuales el individuo realiza actividades que sólo le conciernen a él. En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte ha sostenido: constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la*

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

*utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos tienen de aquel”*

Es por esto cuyo principal aporte es demostrar la importancia del derecho a la intimidad, los fundamentos jurídicos que permiten su institucionalización, protección, salvaguarda y elevación al rango de derecho fundamental.

Conexo a la consulta de la constitucionalidad y la jurisprudencia destinada a interpretar la misma, será necesario el análisis de la ley 599 del año 2000 o Código penal Colombiano, la ley 906 del año 2004 o código de procedimiento penal colombiano, normatividad en la cual el legislador omite lo ordenado por la Constitución política de Colombia, autorizando la limitación del derecho fundamental la intimidad sin mediación de control judicial previo para este cometido, siendo esta la normatividad que abiertamente contradice el mandato expreso del constituyente.

En lo referente al soporte normativo que emana el derecho internacional público, más específicamente el derecho internacional de los Derechos Humanos, sería necesario examinar los contenidos consagrados en materia de conceptualización y protección del derecho a la intimidad, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el pacto internacional de Derechos civiles y políticos y la convención americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

En lo referente al derecho comparado, sería necesaria la consulta de las legislaciones americana, mexicana y española sobre la materia, puesto estas ya han institucionalizado control judicial previo a las afectaciones de la intimidad, siendo su aporte importante para el impulso de la presente propuesta académica, siendo los más importantes referentes los siguientes:

- Cuarta enmienda a la Constitución política de los Estados Unidos de América, 1941
- Constitución política de los Estados unidos mexicanos, 1917
- Constitución española, 1978

La consulta de los contenidos del derecho comparado, es de especial relevancia para la promoción de la tesis plasmada en el presente estudio, puesto es necesario asimilar la experiencia de países que también han institucionalizado el sistema penal acusatorio como procedimiento de juzgamiento criminal, legislaciones en las cuales si existe control judicial previo a las actuaciones destinadas a restringir la privacidad de las personas.

### **3 Capitulo tercero**

#### **3.1. Metodología**

La investigación desarrollada fue jurídica de tipo descriptivo y con un enfoque cualitativo basado en la revisión documental, siendo la investigación jurídica descrita y conceptualizada por Walezka Rivera:

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

“La investigación jurídica es la investigación que tiene por objeto el estudio del Derecho. Al realizar una investigación jurídica debe tenerse en cuenta que su especialidad radica en que el derecho ha contenido y contiene tres aspectos esenciales que lo individualizan: normatividad, facticidad y axiología” (Walezka, 2016. P. 1)

A tal efecto, teniendo en cuenta que la finalidad del presente estudio es demostrar las incidencias de las implicaciones del control judicial, cual es la importancia y en que afecta o vulnera el derecho a la intimidad en el proceso penal colombiano, critica académica para lo cual resulta necesaria y obligatoria la consulta de información normativa, tales como tratados internacionales, leyes, doctrina y jurisprudencia, examinándose como una malinterpretación del legislador frente a un taxativo mandato constitucional, constituye una lesión sobre los derechos de las personas, siendo este el soporte que permite la clasificación de la presente investigación como jurídica, método examinado por el autor Abraham Bechara, así:

“Los aportes planteados por el modelo de la investigación acción-aplicada a la metodología jurídica moderna y a su teoría son transcendentales no solo para entender que el derecho debe ser encontrado en la sociedad, sino para el establecimiento de un nuevo objeto de estudio del Derecho desde una nueva epistemología social. Es precisamente mediante el reconocimiento de una ciencia jurídica apoyada en una desacralización de sus aspectos formalmente normativo-investigativos e indagando por posibles soluciones a problemas sociales” (Bechara, 2018.p. 1)

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

Como se ha explicado anteriormente, el derecho a la intimidad es una de las principales facultades jurídicas de las personas, puesto los dota de la posibilidad de organizar libre y espontáneamente las esferas de su existencia en privadas y públicas, por lo tanto, cualquier afectación desproporcionada que coloque en peligro la finalidad perseguida por el presente derecho, resulta de especial relevancia para las ciencias jurídicas, siendo el fundamento de la juridicidad del presente trabajo, la necesidad de promover alternativas al estado de vulnerabilidad actual en el que se encuentra la citada facultad.

### **3.1.1. Tipología:**

La presente investigación es descriptiva, puesto se fundamenta en la observación de un fenómeno jurídico presente en el sistema legal colombiano, siendo necesaria la identificación, separación y descripción de los elementos que componen el mismo, siendo esta descrita por Vergara:

“La investigación descriptiva se refiere al diseño de la investigación, creación de preguntas y análisis de datos que se llevarán a cabo sobre el tema. Se conoce como método de investigación observacional porque ninguna de las variables que forman parte del estudio está influenciada” (Vergara, 2015. P 1)

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

Partiendo de esta definición, la investigación se centrara en examinar los contenidos jurídicos que regulan las afectaciones del derecho a la intimidad, describiendo una anomalía o contradicción presente en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto mientras la constitucionalidad ordena la existencia de un control previo a las afectaciones del derecho a la intimidad, la ley regula dichas lesiones ignorando lo mandado por el constituyente, siendo necesaria la descripción de las consecuencias de este defecto normativo.

### 3.1.2. Enfoque:

La presente investigación tiene un enfoque cualitativo, puesto es un trabajo de laboratorio destinado a la identificación, recolección, descripción y utilización de información, la cual será examinada y ponderada con base a las variables descritas en la misma, siendo esta descrita por Vergara:

“La observación cualitativa: Este método no involucra mediciones o números, sólo características de monitoreo. En este caso, el investigador observa a los encuestados a distancia. Dado que se encuentran en un ambiente cómodo, las características observadas son naturales y efectivas. En la investigación descriptiva, el investigador puede elegir entre ser un observador completo, observar como participante, un participante observador o un participante completo” (Vergara, 2015. P. 6)

Con base a los plasmado por el citado autor, la presente investigación resulta jurídica, puesto es una consulta y comparación de dos normas pertenecientes al ordenamiento jurídico

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

colombiano, las cuales entran en conflicto como consecuencia de una malinterpretación realizada por el legislador de la Carta magna.

La investigación no exige trabajo de campo, puesto la totalidad de los elementos necesarios para comprender el problema jurídico planteado se encuentran consagrados en la norma, siendo suficiente un examen y análisis de los contenidos que demuestra la contradicción presente en el ordenamiento jurídico colombiano, razón de peso para motivar un estudio jurídico.

### 3.1.3. Fuente

La principal fuente para justificar los resultados y conclusiones que emanaron del presente estudio fue la revisión documental, siendo la consulta de información la principal herramienta para justificar los resultados y conclusiones que emanaron de la misma, a tal efecto, partiendo del hecho que el presente trabajo denuncia una contrariedad vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto la constitucionalidad regula un aspecto que es interpretado de forma diferente por el legislador, interpretación en la cual se genera una violación o lesión sobre derechos fundamentales, siendo necesario un estudio profundo sobre este defecto.

La información documentológica fue sometida a un proceso de depuración destinado a filtrarla, esto con la finalidad de generar confianza en torno a los resultados obtenidos del examen, siendo criterios relevantes de este procedimiento los siguientes:

- Objetividad y neutralidad
- Valor epistemológico
- Relación con las variables, temas y subtemas del estudio

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

- Aporte al statu quo de la ciencia
- Novedad
- Seriedad

### 3.1.4. Cronograma

Para el desarrollo efectivo del presente documento, fue necesaria la materialización de las siguientes etapas:

| <b>Actuación</b>                  | <b>Fecha</b>     |
|-----------------------------------|------------------|
| Presentación propuesta            | Marzo del 2020   |
| Aprobación propuesta              | Abril del 2020   |
| Rastreo y búsqueda de información | Mayo del 2020    |
| Elaboración de anteproyecto       | Mayo del 2020    |
| Aprobación anteproyecto           | Junio del 2020   |
| Elaboración trabajo final         | Octubre del 2020 |
| Presentación informe              | Por definir      |



## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### 3.2. Análisis de resultados

Una vez examinada la totalidad de la literatura relevante para la comprensión, asimilación y solución del problema jurídico planteado, resulta necesario documentar las consecuencias de ese examen, siendo los resultados los efectos del acto investigativo, los cuales fueron clasificados en tres grupos principales, centrándose los primeros en las apreciaciones finales relativas a los contenidos jurídicos que regulan el derecho a la intimidad, mientras los segundos se centran en las apreciaciones definitivas relativas en control judicial previo, las incoherencias de su regulación en su ordenamiento jurídico colombiano y la contradicción presente entre la carta magna y la norma procesal penal, finalmente y en una tercera etapa, se resaltara la importancia del control judicial previo y su rol en la limitación, racionalización y ponderación del poder punitivo.

#### **Primero. El derecho a la intimidad:**

El primer objetivo del presente trabajo se propuso como finalidad: indicar los aspectos intrínsecos y extrínsecos del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico colombiano, variable que fue desarrollada en los marcos referenciales, en los cuales se consultó doctrina colombiana e internacional, normatividad doméstica, comparada e internacional y jurisprudencia interna, siendo los resultados arrojados por la presente descripción los siguientes:

Primero que todo se confirmó reiterativamente, que el derecho a la intimidad o privacidad, es una de las más importantes facultades del hombre, siendo este necesario para el goce de múltiples de otros derechos del ciudadano, rol que justifica la relevante protección

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

jurídica de la que goza este atributo, si bien el derecho constitucional siempre ha sido prolífico en la regulación del derecho a la privacidad de las personas, la realidad es que la relevancia de esta facultad trasciende los estudios y examen jurídicos, puesto siempre ha sido concebida como uno de los más esenciales atributos naturales del ser humano.

La importancia del derecho fundamental a la intimidad no solo debe de ponderarse desde la perspectiva de la relación que guarda con otros derechos constitucionales, siendo una facultad autónoma que dota al ciudadano de la posibilidad de organizar autónomamente las diferentes esferas de su existencia, eligiendo libremente que aspectos comparte con el resto de la humanidad y que aspectos resguarda en lo más íntimo de su ser, confirmándose de esta manera la relación entre el derecho a la privacidad y los derechos a la libertad, seguridad personal, buen nombre, honra y libre desarrollo de la personalidad.

En el interior del ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la intimidad es regulado por el artículo 28 de la Constitución política de Colombia, el cual regula también el derecho a la libertad y a la seguridad personal de los ciudadanos, siendo la intención original del constituyente, dotar ambos derechos de las mismas garantías judiciales para su limitación, a tal efecto, desde la perspectiva constitucional, el derecho a la intimidad solo podía ser limitado previa autorización de autoridad judicial competente, exigencia que legislativamente solo es predicable al derecho a la libertad.

No existe explicación lógica y coherente, que justifique o motive porque legislativamente el derecho a la intimidad no tiene las mismas garantías y formalidades de restricción del derecho

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

a la libertad, cuando ambos son regulados conjunta, expresa y taxativamente por el constituyente, siendo la regulación realizada por el legislador un acto abiertamente inconstitucional.

### **Segundo. Control judicial previo:**

El control judicial es una extensión o expresión del principio de reserva judicial, el cual fue creado con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, puesto cualquier decisión susceptible de limitar, suspender o restringir el ejercicio de las facultades naturales de las personas, solo puede ser adoptada por una entidad jurisdiccional objetiva, imparcial y sin interés en el desarrollo y resultado del proceso, de esta forma se confirma que el principio de reserva judicial guarda una especial e íntima relación con los principios de primacía de los derechos fundamentales, objetividad, proporcionalidad y prohibición del exceso.

La promulgación de la ley 906 del año 2004, la cual institucionalizo e implemento el sistema penal oral acusatorio en Colombia, trajo consigo cambios en materia de fortalecimiento de garantismo procesal, siendo necesario un blindaje sobre los derechos fundamentales que entran en conflicto con el ius puniendi, a tal efecto, el control judicial emergió como una estrategia destinada a racionalizar el ejercicio de la acción penal, eliminándose la totalidad de facultades jurisdiccionales del ente acusador y trasladando estas a la función de control de garantías.

El control judicial ha sido importante, relevante y necesario en la protección del derecho a la libertad, puesto esta solamente puede ser limitada previa autorización de un juez competente, sin embargo, no ha tenido el mismo efecto en el derecho constitucional a la intimidad, el cual puede ser restringido sin ninguna clase de controles previos por parte del ente acusador.

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

Si bien la afectación del derecho a la intimidad goza de control posterior como medida de protección, este no es suficiente para proteger eficazmente el ejercicio del mencionado derecho, puesto el control judicial posterior persigue diferentes funciones y finalidades que el previo, en el entendido que está destinado únicamente a realizar la valoración de la evidencia obtenida en el acto de restricción, mientras que el previo es la expedición de una autorización que pondera o no la procedencia de la acción.

### **Tercero. Control judicial previo y poder punitivo.**

Existe una abierta y evidente contradicción entre lo plasmado taxativamente en la Constitución política de Colombia, y lo regulado por el legislador en lo referente al derecho a la intimidad, puesto el constituyente es claro en el momento de ordenar que la restricción de este derecho solo procede previa orden de autoridad judicial competente, siendo la finalidad de este cometido la materialización de múltiples principios destinados a la racionalización de los actos de persecución penal.

En el derecho comparado, la Constitución política de los Estados Unidos de América, epicentro y principal exportador del sistema penal acusatorio actual, mediante la cuarta enmienda regula la afectación del derecho a la intimidad, acto legislativo que ha sido de prolífico estudio por parte de la Corte Suprema de justicia del mencionado país, intervenciones en las cuales se ha reafirmado al importancia del mencionado derecho, y se ha reconfirmado que la afectación de este solo procede previa autorización de entidad judicial competente, no siendo admisible que el órgano de persecución penal, quien tiene intereses litigiosos, sea quien resuelva directamente este conflicto jurídico, siendo necesario que un juez de la republica examine a priori la

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

procedencia, proporcionalidad y razonabilidad del acto de limitación, regulando la mencionada norma lo siguiente:

“El derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será inviolable, y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas” (Congreso de los Estados Unidos de América, 1914)

Conexo a lo plasmado por el derecho comparado, diversos pronunciamientos del derecho internacional público, han resaltado la necesidad de fortalecer las medidas de protección del derecho a la intimidad, tal como lo plasma la Organización de las Naciones Unidas, así:

“La Asamblea General de las Naciones Unidas está negociando mecanismos para proteger el derecho a la intimidad de todos/as frente a los retos de la vigilancia digital ilegal. Se discute la situación que enfrentan los países al desarrollar marcos legales y políticos de inteligencia, especialmente frente a lo que se ha constatado como la práctica de algunos gobiernos de interceptar, recolectar y analizar las comunicaciones privadas de las personas en el mundo. Esta situación se evidenció con las revelaciones organizaciones de la sociedad civil colombiana interesadas en promover una reforma al régimen legal colombiano que da marco a la interceptación de comunicaciones para que se consideren los estándares internacionales en privacidad” (ONU, 2014)

## **CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO**

A tal efecto, se confirma la existencia de una preocupación internacional frente a las constantes y prolíficas violaciones del derecho a la intimidad por parte de los Estados, siendo necesario el fortalecimiento de las políticas internas de los países con miras a imponer límites a este tipo de lesiones, por lo tanto, es inconcebible que un Estado social de derecho, el cual se predica respetuoso de los derechos fundamentales de las personas y prolífico en la institucionalización de garantías ciudadanas, no goce de formalidades que pongan un límite al poder punitivo.

A tal efecto, no solo existe una contradicción interna o doméstica en lo referente a la regulación del derecho a la intimidad y la identificación de su restricción, sino también existe un acto de alejamiento entre la interpretación realizada por el legislador colombiano, y la axiología pura del sistema adversarial americano, siendo múltiples los argumentos que fundamentan la inconstitucionalidad en la legalización de esta restricción.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Conclusiones

Habiéndose demostrado la importancia del derecho a la intimidad y su constante regulación jurídica en el derecho internacional y en el derecho domestico colombiano, razón de peso para configurar medidas de protección en favor de este derecho fundamental, no existen argumentos suficientes que expliquen la razón por la cual esta facultad no goza de la garantía de control judicial previo para su afectación, puesto tanto el derecho interamericano de los Derechos Humanos, como el derecho constitucional colombiano, han sido reiterativos en promover la institucionalización de esta figura, siendo la desviación realizada por el docente un acto abiertamente inconstitucional, siendo las apreciaciones finales del presente trabajo las siguientes:

**Primera:** El legislador colombiano no ha interpretado correctamente el mandato expreso del constituyente en lo referente a la restricción del derecho fundamental a la intimidad, puesto a pesar de que la constitución política de Colombia de forma clara y taxativa ordena la pre existencia de la orden judicial como requisito de limitación de este derecho, el legislador ha sido reacio a cumplir este mandato inequívoco de la Carta magna, siendo el fiscal del caso el encargado de decidir si procede o no la suspensión de la privacidad de las personas.

**Segunda:** Conexo a la contrariedad doméstica y la abierta inconstitucionalidad en la regulación normativa de la afectación del derecho a la intimidad, así mismo existe un desconocimiento de los principios y fundamentos puros del sistema penal acusatorio, puesto uno de los pilares claves de esta doctrina procesal, es la efectiva protección de los derechos particulares de los ciudadanos, esto con la finalidad de impedir un desbordamiento

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

desproporcionado, exagerado e irracional del poder punitivo, exigencia que no se está cumpliendo en Colombia, puesto la misma jurisprudencia nacional ha reconocido la mutación del sistema adversarial en el país, anomalía que trasciende el necesario proceso de adecuación e implementación, puesto el resultado final de la flexibilización del sistema penal acusatorio, es un proceso completamente diferente a la axiología predicable de este sistema de juzgamiento garantista.

**Tercera:** El control judicial posterior no es suficiente para proteger efectivamente el derecho a la intimidad de las personas, puesto como lo demostró la diversa jurisprudencia consultada en el desarrollo del presente estudio, ambas instituciones persiguen funciones y finalidades diferentes, puesto mientras que el control judicial previo es un acto de autorización de la procedencia de una medida restrictiva de los derechos de los ciudadanos, el control judicial posterior solo está destinado a la revisión posterior de la evidencia conseguida en el mismo, siendo el ultimo ineficaz para proteger diligentemente el derecho en cuestión.

**Cuarta:** La carencia de control judicial a las actuaciones destinadas a restringir el derecho a la intimidad de las personas, es una violación directa de los principios de reserva judicial, proporcionalidad o prohibición del exceso, prevalencia de los derechos fundamentales y objetividad.

**Quinta:** Como se plasmó en el desarrollo del presente estudio, el principio de reserva judicial es de especial relevancia en la racionalización y humanización de las relaciones entre el Estado y la ciudadanía, puesto establece que un ente imparcial y dotado jurisdiccionalmente para la solución de los problemas, es el único destinado a la adopción de decisiones que afectan a las



## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

personas, especialmente si estas decisiones entran en tensión con los derechos fundamentales de la ciudadanía, tal como lo plasma la sentencia de radicado C – 591 del año 2014, así:

“La creación del Juez de control de garantías o juez de la investigación penal, responde al principio de necesidad efectiva de protección judicial, en razón a que muchas de las medidas procesales que se adoptan en el curso de la investigación penal entran en tensión con el principio de inviolabilidad de determinados derechos fundamentales, los cuales únicamente pueden ser afectados en sede jurisdiccional. Se trata de una clara vinculación de la investigación a la garantía de los derechos fundamentales tanto del investigado como de la víctima, que fungen, así como límites de la investigación” (Corte Constitucional, 2014)

A tal efecto, el hecho de que un derecho fundamental de las personas sea abiertamente suspendido sin que medien garantías judiciales en su limitación, es una abierta contradicción a lo ordenado por el presente principio y otros valores jurídicos conexos.

**Sexta:** Existe una afectación a los principios de proporcionalidad y prohibición del exceso, puesto la afectación de derechos fundamentales de las personas únicamente procede previa revisión por parte de la jurisdicción, no siendo admisible que el ente acusador, quien tiene interés en el resultado litigioso y carece de la imparcialidad para limitarse así mismo, sea quien decida finalmente la afectación de estas facultades ciudadanas, tal como es plasmado en sentencia de radicado C – 822 del año 2005, la cual establece lo siguiente:

“En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto” (Corte Constitucional, 2005)

Como lo plasma la sentencia, todo acto que lleve implícito tensiones o posibles lesiones sobre los derechos fundamentales de las personas, amerita una ponderación por parte de una autoridad judicial independiente, puesto solamente esta se halla habilitada para decidir en un plano de imparcialidad, objetividad y neutralidad, la posibilidad de afectación proporcional del derecho en cuestión, no siendo posible que una entidad que tiene interés en el desarrollo y resultado litigioso, sea la encargada de decidir sobre la afectación de los derechos inalienables del ciudadano.

**Séptima:** Existe una lesión al principio constitucional de prevalencia de los derechos fundamentales, puesto cualquier debate que involucre los derechos constitucionales de las personas, los cuales representan el mínimo de garantías y facultades naturales, inalienables e incuestionables de los ciudadanos, debe de ser resuelto desde la perspectiva más favorable a los intereses de las personas, siendo necesaria una reducción del alcance del poder punitivo.

**Octava:** Existe una afectación sobre el principio y norma rectora procesal penal de la imparcialidad, puesto es inadmisibles que el ente acusador, quien se predica en igualdad de condiciones frente a las facultades y posibilidades de la defensa, sea el encargado de decidir la afectación de un derecho fundamental del indiciado o imputado, especialmente porque el órgano

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

de persecución penal tiene interés en el desarrollo y resultado del proceso, lo cual limita su capacidad y posibilidad de ser imparcial y objetivo.

**Novena:** Existe una lesión al principio de separación de roles y funciones, puesto uno de los objetivos del acto legislativo 03 del año 2002, por medio del cual se institucionaliza el sistema penal oral acusatorio en Colombia, fue la eliminación de las facultades jurisdiccionales del ente acusador, esto con la finalidad de impedir que el órgano de persecución penal limitara o restringiera abiertamente y sin control los derechos de las personas, mandato que no se está cumpliendo en su totalidad, puesto la fiscalía aún conserva muchas facultades jurisdiccionales, siendo la posibilidad de restringir la privacidad de las personas una de estas, desde la perspectiva jurisprudencial este principio es conceptualizado en sentencia de radicado C – 762 del año 2009, así:

“El Acto Legislativo No. 3 de 2002 trajo consigo una importante modificación en el sistema procesal penal colombiano, pues introdujo modificaciones en la Constitución con el fin de instituir un nuevo sistema de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, y el diseño de un sistema de tendencia acusatoria, pero sin que pueda afirmarse que corresponda a un sistema acusatorio puro, destacándose como su finalidad: instituir una clara distinción entre los funcionarios encargados de investigar, acusar y juzgar, con el propósito de que el sistema procesal penal se ajustase a los estándares internacionales en materia de imparcialidad de los jueces, en especial, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica” (Corte Constitucional, 2009)

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

Como lo plasma la mencionada providencia, la promulgación del sistema penal oral acusatorio obedeció a una necesidad de actualizar el ordenamiento jurídico colombiano, esto con miras a concordar los postulados internos con las exigencias del derecho internacional público, siendo uno de los factores necesarios de revisión en esta empresa las facultades jurisdiccionales del ente acusador, puesto el hecho de que el ente acusador tuviera injerencia sobre los derechos particulares de los ciudadanos, era una circunstancia que le restaba garantías al acto de persecución, complementando la misma sentencia lo siguiente:

“De esta relación, la separación entre las dos etapas que integran el procedimiento penal: la investigación y el juzgamiento, se torna en una de las señas de identidad del régimen procesal penal colombiano, que ha determinado importantes consecuencias, como la relacionadas con el derecho a un juez imparcial y un juicio cada vez más justo, que crea para el procesado mayores garantías de que la decisión definitiva que se adopte sobre su responsabilidad penal, sea justa en tanto independiente, sujeta a derecho e imparcial subjetiva y objetivamente” (Corte Constitucional, 2009)

A tal efecto, para que exista una autentica objetividad e imparcialidad en el acto de juzgamiento, es necesario que exista una clara, expresa e inequívoca separación de los roles de acusación y juzgamiento, no siendo admisible que el ente acusador tenga la capacidad de adoptar decisiones que lesionan los derechos constitucionales de las personas, siendo el derecho a la intimidad uno de los atributos ciudadanos dejados al arbitrio sin control del poder punitivo.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Recomendaciones

Se recomienda una reforma de código de procedimiento penal colombiano o ley 906 del año 2004, destinada a actualizar la afectación del derecho fundamental a la intimidad, esto con la finalidad de concordar lo regulado en la norma con lo plasmado expresamente en la constitución política de Colombia, conexo a esto se generaría una actualización del ordenamiento jurídico procesal doméstico, frente a las exigencias del derecho internacional y el derecho comparado.

Estas recomendaciones encuentran su sustento en la labor realizada en el presente documento, en el cual se demostró no solo la importancia del derecho a la intimidad, sino que también de probo una incoherencia presente en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto contrario a lo mandato expresa y claramente por la constitucionalidad, la cual establece la necesidad de institucionalizar controles previos para la afectación de este derecho, el legislador permite la lesión del mismo obviando este requisito, siendo esta razón suficiente para demostrar la necesidad de constitucionalización del derecho procesal penal doméstico.

A tal efecto, una reforma de los postulados procesales penales sobre la materia resulta más que evidente y necesaria, puesto no es posible que una norma regule un tópico por fuera de lo mandado por la constitucionalidad, siendo la finalidad de las cartas magnas, delimitar el marco admisible dentro del cual se debe de mover una norma, siendo otra de sus finalidades la limitación y racionalización del resto del ordenamiento jurídico.

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

### Bibliografía

- BECHARA Llanos, A. (2018). Investigación-acción-jurídica: escenarios para una investigación activa y crítica en el Derecho. JURÍDICAS CUC, 14(1), 211-232. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.10>
- CRESPO, Pedro. (2014) El derecho a la intimidad como límite al derecho a la información. Editorial AEDE
- FLORES, García, & Rodríguez, (1996) Metodología de la investigación cualitativa.
- MORENO, Arnulfo. (2005) Derecho a la intimidad su significación y regulación. Editorial UNAM
- MARTINEZ, Antonio. (2007) El derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Universidad de Alicante.
- PABÓN Arrieta, J. (2018). Notas acerca de la Democracia en Norberto Bobbio. JURÍDICAS CUC, 14(1), 9-28. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.01>
- SABINO, Carlos. (1986) Los caminos de la ciencia: una introducción al método científico.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución política de Colombia. Editorial Legis 1991.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado C – 640 del año 2010
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado T - 517 del año 1998

## CONTROL JUDICIAL PREVIO A LAS AFECTACIONES DEL DERECHO

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado T – 634 del año 2013
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia de radicado T - 386 del año 1994
- CONODO. La ONU aprobaría una resolución sobre el derecho a la intimidad en la era digital. Julio 2014
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. Observación general No. 16. Febrero del año 2000
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los derechos humanos. 1948
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto internacional de los derechos civiles y políticos. 1966
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención americana de derechos humanos o Pacto de San José de Costa Rica.